

REPUBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL

Santa Rosa de Cabal, Risaralda, diez de junio de dos mil diecinueve

ACCIONANTE	GUILLERMO BURITICA OSPINA y FELIPE BURITICA OSPINA
CIUDADORA PERSONAL:	LUZ DARY PINEDA AGUIRRE
ACCIONADAS:	-CRUZ BLANCA EPS -ASMET SALUD EPSS
VINCULADAS:	-COMISARIA DE FAMILIA DE SANTA ROSA DE CABAL -LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA
Radicado	666824003001-2019-00292
Procedencia	Reparto
Instancia	Primera
Temas y Subtemas	Salud, Vida, Seguridad Social, Igualdad, Dignidad Humana

HORA: 4:00 p.m.

Procede este despacho a resolver la acción de tutela promovida por la señora LUZ DARY PINEDA AGUIRRE como custodia y cuidadora personal de los menores GUILLERMO y FELIPE BURITICA OSPINA, en contra de CRUZ BLANCA EPS y ASMET SALUD EPSS y como vinculado la COMISARIA DE FAMILIA DE SANTA ROSA DE CABAL y LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA

I. ANTECEDENTES.

Relata la accionante que actualmente sus nietos se encuentran afiliados a la EPS CRUZ BLANCA, régimen contributivo, como beneficiarios de su madre, la señora LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA; expone que esa EPS no presta los servicios en el municipio de Santa Rosa de Cabal, lugar donde actualmente residen.

Manifiesta que en diferentes ocasiones ha solicitado a la EPS CRUZ BLANCA a realizar el retiro y/o traslado para que los atiendan en ASMET SALUD régimen subsidiado en Santa Rosa de Cabal, pero no ha sido posible, y lo que le indican en esa entidad, es que la madre es la que debe realizar este trámite, pero ella se niega a hacerlo. Prosigue señalando que desde el año 2009 la Comisaria de Familia de Herveo Tolima le concedió la custodia de sus nietos FELIPE y GUILLERMO BURITICA OSPINA, quienes siempre han vivido con ella.

Por último, arguye que realizó todos los trámites ante el SISBEN para que acogieran a los niños, los cuales fueron aceptados, pero al solicitar el traslado a ASMETSALUD subsidiado, refieren que no era posible tal solicitud, toda vez que el régimen contributivo tenía prioridad y que la única que los puede retirar es la madre; comenta que lleva mucho tiempo acudiendo a diferentes dependencias a solicitar ayuda en ese trámite, pero no ha sido posible obtener respuesta positiva; es por lo anterior que acude a este mecanismo constitucional, con el fin de que se proteja el Derecho fundamental a la salud de sus nietos, pues no los ha podido llevar a citas médicas y controles, puesto que solo los atienden por urgencias.

Como fundamentos jurídicos cita normas de rango superior.

## II. PRETENSIÓN

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la señora LUZ DARY PINEDA AGUIRRE, solicita la protección de los derechos a LA SALUD de los menores GUILLERMO BURITICA OSPINA y FELIPE BURITICA OSPINA, para cuya salvaguarda, requiere se le ordene “...a quien corresponda, para que Cruz Blanca EPS, realice el retiro y/o traslado inmediato a la EP.S. Asmet Salud”.

## III. ACTUACIÓN PROCESAL

Por reunir los requisitos de los artículos 86 de la Constitución Política, 13 y 14 del Decreto 2591 de 1991 y en atención a la prelación Constitucional y legal de la acción de tutela, esta judicatura inició el trámite correspondiente por auto del 27 de mayo de 2019 (fl 13), ordenando la notificación a las accionadas ASMETSALUD EPSS y CRUZ BLANCA EPS y como vinculadas la COMISARIA DE FAMILIA y LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA, para que asumieran su derecho de defensa en el término de dos (2) días. Igualmente se decretó como prueba la declaración de la señora LUZ DARY PINEDA AGUIRRE.

La accionada ASMETSALUD EPS-S, no allegó escrito alguno frente a los hechos expuestos por el accionante, guardando silencio y presentándose la presunción de veracidad de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991. “PRESUNCION DE VERACIDAD”. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

Por su parte CRUZ BLANCA EPS dio respuesta así:

Frente a los hechos señalados, la entidad realizó una auditoria del caso, evidenciando que a la fecha de afiliación de los menores FELIPE y GUILLERMO BURITICA OSPINA no registran solicitudes de traslado por parte de alguna EPS contributiva o subsidiada.

Aunado a lo anterior, se informe que la solicitud del retiro no es procedente, como quiera que el proceso por medio del cual el usuario se traslada de una EPS a otra, es

un trámite realizado entre las Entidades promotoras de salud involucradas. Para hacer el efectivo el traslado, conforme lo estipula el Decreto 780 del 6 de mayo de 2016. Explican que cuando el afiliado junto con sus beneficiarios o su núcleo familiar cambian de municipio de residencia y la EPS donde se encuentren afiliados no opera en el nuevo municipio, deberán informar a la EPS actual para que proceda a autorizar el traslado de la EPS que se escoja en el nuevo lugar de residencia, la cual debe estar debidamente autorizada para operar, por lo cual la solicitud se debe hacer ante la EPS donde se va a trasladar, la cual debe notificar el hecho a la anterior.

Narran que la nueva entidad garantizara el acceso a los servicios de salud que demande el afiliado desde la fecha de traslado; hasta tanto no se haga efectivo el mismo, siendo responsable de su aseguramiento y del acceso a la prestación de servicios de salud la EPS a la cual inicialmente se encuentra afiliado. Por lo anterior, explican que la accionante radique formulario de afiliación en la EPS de su elección que cuente con presencia dentro del municipio donde se encuentre domiciliada, o por el contrario, es necesario que el cotizante realice la novedad de exclusión del grupo familiar en esa EPS, y así, de acuerdo con los parámetros establecidos para el proceso de traslado, se realice la solicitud correspondiente para dar aprobación.

Por lo anterior, solicita denegar la acción de tutela, por cuanto la conducta desplegada por CRUZ BLANCA E.P.S. ha sido legítima dentro de las obligaciones legales de esa entidad, teniendo en cuenta adicionalmente que no hay vulneración a ningún derecho fundamental y que la accionante radique el formulario de afiliación en la EPS que ella prefiera y que cuente con presencia dentro del municipio en donde tiene su domicilio, para que la entidad remita la solicitud de traslado, la cual será aprobada por mí representada dentro de los cronogramas establecidos por el ADRES. Por último, solicita que se vincule y ordene a la cotizante LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA para que realice la novedad de exclusión del grupo familiar.

Por su parte la COMISARIA DE FAMILIA dio respuesta así:

Frente a los hechos manifiestan que efectivamente es cierto lo manifestado por la accionante, tanto es así, que la Comisaria de Familia de esta municipalidad le ha proporcionado el apoyo en las actuaciones administrativas ante la EPS CRUZ BLANCA para la desafiliación de los menores FELIPE y GUILLERMO, prueba de ello son las comunicaciones del 20 de febrero de 2019, y la respuesta de la EPS CRUZ BLANCA con fecha de 21 de marzo de 2019. Manifiestan que tiene conocimiento que, para el trámite de traslado, le requerían radicar formulario ante la EPS de su libre elección para los beneficiarios y que el trámite sería realizado internamente entre las mismas EPS.

Exponen la necesidad que le asisten a los menores de que estén afiliados a la EPS, ya que en este momento el derecho a la salud se constituye como un derecho fundamental a proteger, y por lo mismo, solicitan que se accedan a las pretensiones de la accionante.

Terminan solicitan que se ordene a la EPS CRUZ BLANCA en la ciudad de Bogotá a realizar todos los tramites de desafiliación de los menores accionantes, y en consecuencia se ordene a la EPS ASMET SALUD su afiliación en calidad de beneficiarios de la señora LUZ DARY PINEDA AGUIRRE.

En la declaración rendida por la señora LUZ DARY PINEDA AGUIRRE el cuatro (4) de junio del año en curso manifestó lo siguiente:

Narra que las condiciones de salud de los menores GUILLERMO y FELIPE son buenas. Que actualmente los tiene vinculados con el SISBEN, pero que la atención que les brindan es únicamente en el área de urgencias. Manifiesta que no cuenta con los recursos para afiliarlos al régimen contributivo, y que por medio de la Comisaria de Familia ha hecho todos los trámites pertinentes para la desafiliación de los menores de la EPS CRUZ BLANCA y que se los puedan afiliar a Asmet Salud régimen subsidiado, ya que cuenta con la custodia de los menores desde hace 12 años. Manifiesta que la EPS CRUZ BLANCA le ha manifestado que no podían desafiliar a los menores, puesto que aún se encontraban activos por parte de la madre, como beneficiarias de ella. Comenta que hace más de dos años desconoce el paradero de su hija LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA, para que ella desafilie a los menores GUILLERMO y FELIPE BURITICA OSPINA, pero no cuenta con ningún dato de la misma. Expone que llevó toda la documentación para afiliar a sus nietos ante la EPS ASMET SALUD, pero los rechazaron, porque actualmente los menores se encuentran activos en otra EPS y le dijeron que averiguara por otro lado.

El Despacho por medio del auto del 4 de junio del año en curso, ordenó la vinculación de la señora LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA, por lo cual se le oficia a la EPS CRUZ BLANCA para que allegue los datos de ubicación de la vinculada.

Suministrados los datos por parte de la EPS CRUZ BLANCA de la señora LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA, se ordenó dar traslado de la acción de la Tutela a la vinculada por medio del auto de fecha 6 de junio de 2019 por el término de dos días.

Ante los infructuosas intentos para contactarse con la vinculada LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA (fls. 29 al 31), se ordenó por medio del auto de fecha 6 de junio, surtirse el conocimiento de la providencia de vinculación, mediante la página web de la RAMA JUDICIAL: [url.ramajudicial.gov.co-novedades-](http://url.ramajudicial.gov.co-novedades-), por medio de un aviso que se fijó en la Cartelera del Juzgado, bajo la gravedad de que el término para intervenir será de un (1) día.

#### PRUEBAS

La accionante aportó copia de los siguientes documentos: a) Copia cedula (Fl. 1); b) Copia de la tarjeta de identidad (Fl. 2). c) Copia Registro Civil de nacimiento (3 al 4); d) Resolución N° 074 (Fl. 5 al 6); e) Solicitud urgente dirigido a la CRUZ BLANCA (Fl. 7); f) Respuesta solicitud (Fl. 8); g) Consulta ADRES (Fl. 9-10)

A folio 22 obra declaración recepcionada de oficio a la accionante.

#### IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

##### COMPETENCIA

Este juzgado es competente para conocer de la acción de tutela en virtud de lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 1 y 37 del Decreto 2591 de 1991.

##### OPORTUNIDAD

Se está emitiendo fallo dentro del término perentorio y con la prelación legal que establece la ley de diez (10) días, previsto en el inciso 4º de la citada disposición Constitucional y en el artículo 15 del Decreto en mención.

##### LA ACCION DE TUTELA

Con el propósito de asegurar el respeto, la vigencia permanente y la efectividad de los derechos fundamentales, la Constitución consagra en su artículo 86, la Acción de Tutela, concebida como un procedimiento preferente y sumario para la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que determine la ley.

Es pues virtud de dicha figura, que el juez ante quien se acude en vía de obtener la tutela de los derechos que se consideren vulnerados, entra a examinar en cada caso en particular y teniendo en cuenta los presupuestos de hecho denunciados por el solicitante, y lo probado, si los derechos cuya protección fundamental se reclama, están siendo vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en aquellos casos en que el citado decreto señala.

##### LEGITIMACIÓN:

Como quiera que la presente acción de tutela fue interpuesta por la señora LUZ DARY PINEDA AGUIRRE, en su calidad de custodia y cuidadora personal de GUILLERMO BURITICA OSPINA y FELIPE BURITICA OSPINA, quienes a la fecha son personas menores de edad, es evidente entonces la imposibilidad que tienen para acudir directamente al órgano judicial y defender sus propios derechos, de modo que el Estado le ha garantizado su ejercicio a través de la persona que legalmente los representa, pero como en el particular está acreditado. De lo que se sigue que los jóvenes GUILLERMO Y FELIPE están legitimados en la causa, tiene interés jurídico concreto para pretender la protección de sus derechos fundamentales a través su representante legal, y por su parte la entidad accionada como prestadora del Servicio Público de Salud, está facultada para resistir a la pretensión conforme lo prescriben los artículos 13 y 42 del decreto 2591 de 1991.

##### PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver en esta oportunidad se centra en determinar si ASMET SALUD EPSS y EPS CRUZ BLANCA, han vulnerado los derechos fundamentales invocados por la accionante LUZ DARY PINEDA AGUIRRE, al no gestionar lo pertinente para la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud de

los menores GUILLERMO Y FELIPE BURITICA OSPINA, excluyéndolos de la EPS CRUZ BLANCA y activándolos al régimen subsidiado a través de la EPS ASMET SALUD.

Como efecto de la declaración del constituyente primario de “Colombia como estado social de derecho”, la salud tiene el carácter de servicio público cuya finalidad es la protección del derecho fundamental por excelencia -la vida-, gracia que el Estado se obliga a proporcionar en forma ininterrumpida aun cuando delegue en personas privadas su prestación, los cuales se convierten en verdaderos obligados de la eficiencia y continuidad del mismo.

Tales postulados se hacen efectivos a través de la ley 100 de 1993 por cuya virtud fue creado el Sistema de Seguridad Social Integral que en su artículo primero, el cual precisa que el Sistema tiene por objeto “*garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten*” y, que “*El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico de salud y servicios complementarios materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro*”.

La Honorable Corte Constitucional ha señalado en varias oportunidades, sobre el Derecho a la seguridad social, que:

“12. El derecho a la seguridad social previsto en el artículo 48 de la Constitución Política incluye, conforme lo señaló esta Corte en sentencia de constitucionalidad C- 1141-08, “el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos de atención de salud, c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos u los familiares a cargo” (Resalta la Sala).”<sup>1</sup>

En Sentencia T/089 de 2018 la Corte Constitucional desarrollo algunos principios de la salvaguarda del derecho fundamental de la salud y los cuales deberán otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad; sobre los cuales es conveniente hacer un breve desarrollo:

“**3.1 Principio de accesibilidad.** Sobre este postulado es necesario precisar que es un elemento esencial para el efectivo desarrollo del derecho a la salud. La Ley Estatutaria de Salud<sup>2</sup> lo define de la siguiente manera: “*accesibilidad: Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información*”.

<sup>1</sup> .Corte Constitucional. Sentencia T-210/11, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>2</sup> Ley 1751 de 2015.

Esta Corte, a propósito del desarrollo del derecho a la salud y con fundamento en la mencionada Observación General n.º 14 del Comité de Derechos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), ha expuesto que:

“En cuanto a los elementos enlistados no cabrían reparos, pues, resulta evidente que el Proyecto recoge lo contemplado en la Observación General 14, con lo cual, se acude a un parámetro interpretativo que esta Sala entiende como ajustado a la Constitución. En el documento citado, la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad se tienen como factores esenciales del derecho. En sede de tutela y, sobre el punto, esta Corporación, ha reconocido el vigor y pertinencia de la Observación en los siguientes términos:

*“(…) Ahora bien el derecho a la salud contiene una serie de elementos necesarios para su efectivo desarrollo<sup>3</sup>, dentro de los cuales encontramos la accesibilidad al servicio. Esta Corporación<sup>4</sup> en aras de desarrollar por vía jurisprudencial el alcance y contenido del derecho a la salud, ha recurrido en diversas oportunidades a la Observación General Número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC). La cual en su párrafo 12 expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud, son la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. Sobre el primero de ellos, de acuerdo con la observación, deben tenerse presentes los siguientes lineamientos (…)” (Sentencia T-585 de 2012.)<sup>5</sup>. (Las negrillas son del texto original)”<sup>6</sup>*

En este sentido, es posible determinar la obligación que recae sobre las entidades promotoras de salud, como las encargadas de cumplir la obligación estatal contenida en los artículos 48 y 49 de la Constitución, de garantizar el acceso al servicio de salud y, en consecuencia, brindar todos los medios indispensables para que dicha accesibilidad se materialice de manera real y efectiva.

**3.2 Principio de solidaridad.** Este principio se encuentra consagrado en los artículos 48 y 95 de la Constitución. Es uno de los pilares del sistema de salud y supone el deber de una mutua colaboración entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades orientada a ayudar a la población más débil<sup>7</sup>.

Esta Corporación ha manifestado que: “La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el sistema de seguridad social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social”<sup>8</sup> (subrayado fuera del texto original).

Esto significa que el propósito común de proteger las contingencias individuales se realiza en trabajo colectivo entre el Estado, las entidades a las cuales se le adjudicó la prestación del servicio de salud y los usuarios del sistema; en otras palabras, los recursos del Sistema General de la

<sup>3</sup> El Comité DESC expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud, son la “accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad.”

<sup>4</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1087 de 2007, MP, Jaime Córdoba Triviño.

<sup>5</sup> En este mismo sentido, ver la Sentencia T-583 de 2007 y T-905 de 2005.

<sup>6</sup> C-313 de 2014.

<sup>7</sup> Ver sentencias T-173 de 2012 y T-447 de 2014.

<sup>8</sup> Ver sentencia sentencia C-529 de 2010.

Seguridad Social en Salud deben distribuirse de tal manera que toda la población colombiana, sin distinción de su capacidad económica, acceda al servicio de salud.

Lo anterior así se establece, toda vez que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no cuenta con recursos públicos ilimitados y, en esa medida, se diseñó una estructura que vincula a los particulares.

Esa participación de los particulares, como se viene sugiriendo, constituye una materialización del principio de solidaridad, el cual no es exclusivo de la normativa propia de la seguridad social, sino que también es un derrotero constitucional general, según las voces del artículo 95 de la Constitución Política.

**3.3 Principio de continuidad.** Esta directriz responde a que toda persona que haya ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud cuente con vocación de permanencia y no resulte separado del mismo cuando se encuentre en peligro su calidad de vida e integridad<sup>9</sup>. Esta Corte ha sostenido, de manera reiterada<sup>10</sup> que el servicio de salud, por tratarse de un servicio público esencial, no debe ser interrumpido sin que medie una justificación constitucionalmente admisible.

Desde la Sentencia T- 1198 de 2003 esta Corporación<sup>11</sup> ha venido diciendo que:

“La jurisprudencia constitucional se ha encargado de concretar el contenido y alcance del derecho de los ciudadanos a no sufrir interrupciones abruptas y sin justificación constitucionalmente admisible de los tratamientos en salud que reciben. Los criterios que informan el deber de las EPS de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”.

Adicionalmente, esta Corporación ha señalado que la continuidad del derecho de salud no solo consiste en brindar los servicios requeridos por los usuarios, sino que, además, debe reconocer los principios de confianza legítima y buena fe consagrados en el artículo 83 de la Constitución<sup>12</sup>. Esto quiere decir que los tratamientos o servicios que venían siendo ofrecidos al usuario no deben suspenderse con ocasión de cambios en su afiliación.

En ese orden, cuando una persona pierde su calidad de afiliado, las EPS tienen la obligación de respetar la continuidad de los tratamientos médicos que se estén adelantando, hasta que otro operador del sistema asuma la prestación del servicio de salud del paciente.

<sup>9</sup> Numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

<sup>10</sup> T-1210 de 2003, T-777 de 2004, T-126 de 2008, T-479 de 2012, T-697 de 2014, T-448 de 2017, por ejemplo.

<sup>11</sup> T-126 de 2008, T-479 de 2012, T- 599 de 2015 T- 016 de 2016, T-448 de 2017, por ejemplo.

<sup>12</sup> Ver Sentencias T-140 de 2011 en la que se ratifica lo considerado en la sentencia T-573 de 2005, T-124 de 2016, por ejemplo.

**3.4 Principio de la libre escogencia.** Este postulado responde a la garantía de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que consiste en elegir la entidad que les brindará dichos servicios de salud; esta directriz fue tratada inicialmente en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993<sup>13</sup> y el artículo 45 del Decreto 806 de 1998. Posteriormente, el artículo 3.12 de la Ley 1438 de 2011<sup>14</sup> desarrolló este principio de la siguiente manera:

“el Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo”.

En la actualidad, el capítulo 7 del Decreto Único Reglamentario -780 de 2016- establece<sup>15</sup> el propósito de este principio y prevé, por supuesto, las circunstancias excepcionales en las cuales el mismo podría encontrar limitaciones<sup>16</sup>.

De otro lado, el artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y el Decreto 2553 de 2015, compilado en el citado Decreto 780 de 2016 definen y desarrollan la libre escogencia como principio, derecho y característica de las EPS.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional lo ha desarrollado de la siguiente manera:

“El principio de la libre escogencia se edifica a partir de la participación que se otorga a “diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios”.<sup>17</sup>

Adicionalmente, se ha establecido que este principio se relaciona con varios derechos fundamentales, entre ellos, “la dignidad humana, en ejercicio de su autonomía de tomar las decisiones determinantes para su vida, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y la seguridad social”<sup>18</sup>.

En suma, el principio de libre escogencia consiste en permitir que las personas puedan desvincularse de aquellas EPS que no garantizan adecuadamente el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud y, a la vez, afiliarse a aquellas entidades que presten sus servicios.

**3.5 Principio de cobertura universal.** Sobre este principio cabe resaltar que con la aprobación de la Ley 100 de 1993, el legislador pretendió suplir la carencia de instrumentos para lograr una cobertura universal del servicio de salud<sup>19</sup>. Ese desafío generó la inclusión de la universalidad como uno de los principios de la seguridad social, el cual fue definido como “la

<sup>13</sup> Artículos 153 num. 3.12, 156, literal g) y 159 num. 3

<sup>14</sup> “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

<sup>15</sup> Artículo 2.9.2.5.4 del Decreto 780 de 2016.

<sup>16</sup> Artículos 2.1.11.1, 2.1.11.12 y 2.1.5.1 párrafos 3, 2.1.5.3, 2.1.6.2 y 2.1.6.4 *ibidem*

<sup>17</sup> Auto 591 de 2016, que reitera lo dicho en sentencias T-010 de 2004, T-760 de 2008 (4.2.6.), T-448 de 2017, por ejemplo. Este principio también es desarrollado en las sentencias C-915 de 2002, T-436, de 2004, T-024 y T-207 de 2008, T-1055 de 2010 T-745 de 2013, C-313 de 2014, entre otras.

<sup>18</sup> T-448 de 2017 que complementa la T-126 de 2010.

<sup>19</sup> Sentencia T-760 de 2008 refiriéndose a la ponencia para primer debate del proyecto de ley respectivo.

garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”<sup>20</sup>.

La necesidad de ofrecer a toda la población el servicio de salud surge de la naturaleza progresiva que tiene la dimensión prestacional de los derechos fundamentales<sup>21</sup> en un Estado Social de Derecho, modelo estatal adoptado por Colombia a través de la Constitución Política de 1991, el cual, además, tiene el compromiso de promover la prosperidad *general* y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en aquella<sup>22</sup>.

Esta aspiración de cobertura universal también encuentra fundamento en el principio de igualdad, según el cual, todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades.

De la misma manera, el artículo 49 de la Constitución, al definir la salud como un servicio público, dispuso que se garantice a todas las personas el acceso de los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y le impuso como directrices al Estado, a la hora de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de este servicio, los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Ahora bien, el alcance de este principio no se agota en la idea de ofrecer el servicio de salud a toda la población, sino que se extiende a la finalidad de ofrecer una cobertura unificada, integral y de calidad<sup>23</sup>.

En este punto debe anotarse que en la propia Ley 100 de 1993 se advierten los primeros esfuerzos por lograr estos cometidos, comoquiera que la creación de dos sistemas de aseguramiento, contributivo y subsidiado, responden a la idea de ofrecer mecanismos de acceso al servicio de salud, pues no solo se diseñó un régimen para aquellos con capacidad económica que, con sus aportes concurren a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social –régimen contributivo-, sino para aquellos que por ausencia de recursos no pueden contribuir al mismo –régimen subsidiado-<sup>24</sup>.

Por su parte, y con el ánimo de lograr ese objetivo, la Ley 1122 de 2007 estableció unos límites temporales; sin embargo, como la materialización de estas aspiraciones no ha sido eficaz, esta Corte ha intervenido a fin de concretar los ideales impuestos por la Constitución y la ley. Fue así como uno de los antecedentes jurisprudenciales más destacables en cuanto al clamor de un sistema de seguridad social que cumpla las promesas del Estado Social de Derecho –sentencia T-760 de 2008- impuso que la meta de alcanzar la cobertura universal y sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se logren en la fecha fijada por la Ley –antes de enero de 2010-.

Posteriormente, el artículo 30 de la Ley 1438 de 2011, en consonancia con el artículo 153 num. 2 de la Ley 100 de 1993, dispuso que todos los ciudadanos del territorio nacional debían encontrarse afiliados al Sistema y, a su vez, obligó al Gobierno a definir los territorios de población dispersa<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Art. 2, literal b) de la Ley 100 de 1993.

<sup>21</sup> Sobre el principio de progresividad en sentencia C-493 de 2015, reiterada en la sentencia C-213 de 2017 se dijo que: “El principio de progresividad prescribe que la eficacia y cobertura de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual y de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico”.

<sup>22</sup> Artículo 2 de la C.P.

<sup>23</sup> Sentencia T-760 de 2008

<sup>24</sup> Arts. 157, 202 y 211.

<sup>25</sup> Auto 099 de 2014

Actualmente, el Decreto 780 de 2016 consagra la universalidad de los servicios como la ejecución de acciones tendientes a lograr la prestación los servicios de salud con cobertura progresiva en todo el país, de acuerdo con las necesidades de protección de la salud pública y el desarrollo social.<sup>26</sup>

Asimismo, esta Corte ha desarrollado el principio de universalidad, entendiéndolo como la obligación de proporcionar los servicios de salud a toda la población colombiana, acatando, a su vez, los principios de progresividad y solidaridad; en otras palabras, “La universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios”<sup>27</sup>.

De lo anterior se infiere que el Estado debe garantizar, progresiva e integralmente el goce del derecho a la salud de todos los habitantes del territorio nacional, con independencia de su nivel de ingresos, posición social o residencia, de conformidad con las directrices internacionales y constitucionales<sup>28</sup>.

**3.7. El principio de obligatoriedad.** La obligatoriedad del derecho a la salud tiene fundamento en el artículo 48 Constitucional, según el cual la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la salud es una de las garantías del derecho a la seguridad social, los principios de universalidad y obligatoriedad que se predicán de este, le son aplicables, además de los propios que están dispuestos para entender su alcance en cumplimiento del mandato contemplado en el artículo 49 de la Constitución.

La Sala debe anotar que los principios que deben orientar el diseño y la ejecución de las políticas públicas en materia de salud son transversales entre sí, esto es, todos los principios, tanto los que

<sup>26</sup> Artículos 2.10.1.1.2, 2.4.16 y 2.10.1.1.2 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016

<sup>27</sup> Referencia de la sentencia C-130 de 2002, Similares conceptos se ofrecen en las sentencias C-040 de 2004, C-543 de 2007, T-760 de 2008, 2008, T-866 de 2011, A-099 de 2014, entre otras.

<sup>28</sup> Ver al respecto, Pacto de San José (CADH, 1969), “artículo 26.- *Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*” // “Numeral 2 artículo 10 protocolo San Salvador: “Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiéndolo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado”, en la misma línea, ver sentencias C-671 de 2002: “La Constitución y los tratados de derechos humanos señalan que si bien los derechos sociales prestacionales no son de aplicación inmediata e integral, sin embargo los Estados tienen no sólo el deber de tomar todas las medidas posibles para lograr su realización progresiva integral sino que además deben asegurar el goce de estos derechos a todos los habitantes, sin ninguna discriminación”.// T-760 de 2008: El principal instrumento para garantizar que la universalidad sea una realidad es la creación del sistema subsidiado, que ofrecerá financiamiento especial para aquellos con menor capacidad de pago. El sistema no podrá, como ahora sucede, discriminar por razón de capacidad de pago o riesgo a ningún usuario. Este es el principal instrumento para lograr efectivamente la ampliación de la cobertura, que es mandato constitucional.”, por ejemplo.

están contenidos en la Constitución y los dispositivos internacionales, deben considerarse un conjunto armónico e inescindible.

Lo anterior significa que la accesibilidad y la universalidad, por ejemplo, irradian el alcance del principio de obligatoriedad desarrollado en el artículo 153, num. 3.4 de la Ley 100 de 1993 así: la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia. Por su parte, la Corte ha entendido este principio de la siguiente manera:

“la afiliación al sistema general de seguridad social en salud es obligatoria para todos los habitantes de Colombia, de manera que corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema y al Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o capacidad de pago”<sup>29</sup>.

Igualmente, en sentencia T-752 de 2012, esta Corporación, recapitulando criterios inadecuados que usan los jueces de tutela para resolver asuntos de salud, referentes a este principio, señaló:

(...) la Ley 100 de 1993 señala en su artículo 153 que el Sistema de salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida. Lo cual implica que nadie puede quedar sin protección en salud, situación que se refuerza con la obligatoriedad prevista en ese mismo artículo, según la cual todas las personas deben estar cubiertas por el Sistema de Salud, ya sea de forma contributiva o subsidiada, pero en todo caso, protegidas en las contingencias de salud (...).

Bajo este entendido, se infiere que la finalidad de este principio va dirigida a garantizar que todas las personas del territorio nacional estén vinculadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, asegurándoles así, el goce efectivo de su derecho a la salud.

#### *4. Interés superior del menor de edad*

El artículo 44 de la Constitución Política estableció la preeminencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes respecto de las prerrogativas constitucionales de los demás, ello en atención a sus condiciones de indefensión y vulnerabilidad, las cuales suponen la necesidad de cuidado especial. En ese orden, estos derechos exigen de especial protección dadas las disposiciones previstas tanto en el ámbito internacional como en un Estado Social de Derecho<sup>30</sup>.

Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su numeral 1 del artículo 3 estableció que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 3-2, determinó que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Asimismo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 19, estableció que los niños cuentan con una protección específica<sup>31</sup>. En la misma línea, el Pacto Internacional de

<sup>29</sup> T-358 de 2009 T-638 de 2015, T-478 de 2016

<sup>30</sup> T-260 de 2012, C-239 de 2014, T-398 de 2017, entre otras.

<sup>31</sup> El artículo 19 de la Convención establece: “todo niño tiene derecho a

Derechos Civiles y Políticos dispuso, en su artículo 24-1, que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere y estas deben ser brindadas, tanto por su familia, como por la sociedad y el Estado<sup>32</sup>.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha resaltado la importancia de los derechos fundamentales de los niños en diferentes oportunidades.<sup>33</sup> A través de la sentencia C-507 de 2004 señaló que los derechos fundamentales de los niños se tratan de derechos de protección<sup>34</sup> y, en tal virtud, es necesario adoptar una serie de medidas a fin de garantizar su efectividad. Al respecto también se ha dicho que:

*“Dentro de las medidas de carácter fáctico, dijo la Corte, se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen la movilización de recursos, tanto materiales como humanos, para impedir que los derechos de los niños sean vulnerados. Dentro de las medidas de orden normativo, existen toda una serie de mandatos dirigidos a establecer normas especiales de protección, como aquellas orientadas a limitar la edad a partir de la cual los niños pueden realizar actividades de índole laboral”<sup>35</sup>.*

En síntesis, la protección de los menores de edad no es “tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor”<sup>36</sup>.

Ahora bien, en el mismo artículo 44, la Constitución Política estableció, entre otros, los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores como derechos fundamentales. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, dada su condición de sujeto de especial protección, y en relación con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de los Niños<sup>37</sup>, el compromiso de

---

las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

<sup>32</sup> “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”

<sup>33</sup> T-067 y T-068 de 1994, T-907 de 2004, T-307 de 2006, T-868 de 2009 T-218 de 2013, T-405A de 2013, T-200 de 2014, T-162 de 2015, T-362 de 2016.

<sup>34</sup> “Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “derecho de protección”, puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los “sujetos de protección especial” como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cubre a todas las personas (...)”// en sentencia T-717 de 2011:“(..) la Corte recordó que los derechos de protección en contraposición a los de libertad, le imponen al Estado obligaciones de hacer, respecto de la garantía de los mismos. Conforme a esto, se deben adoptar medidas tanto fácticas como normativas para lograr la efectiva salvaguarda de estos derechos”.

<sup>35</sup> Sentencia T-307 de 2006.

<sup>36</sup> Sentencia C-507 de 2004.

<sup>37</sup> Artículo 24-1 de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

asegurar el más alto nivel posible de salud de los menores responde a que el interés del niño prevalece al momento de resolver cuestiones que le afecten<sup>38</sup>. La Corte, desde sus inicios, estableció que:

“(…) el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política, lo cual significa para lo que a este asunto interesa, que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la "cobertura" familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre entidades de seguridad social y los trabajadores y empleadores, o ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos (sic) tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta”<sup>39</sup>.

En ese mismo orden, en la sentencia T-227 de 2006 se consideró que supeditar el derecho fundamental de una menor de edad, a un simple trámite administrativo ante un Comité Técnico Científico desplazaba el principio de interés superior de la niña.

De otra parte, en sentencia T-585 de 2007, la Corte resolvió el caso de una menor de edad que no pudo recibir la atención médica que requería ya que la EPS Cafesalud no le permitió afiliarse al sistema como beneficiaria de su abuelo, argumentando que “para la niña poder acceder al sistema, él [abuelo] deb[ía] afiliarse “como independiente con un costo aproximado mensual” de \$91.000, o afiliarse la madre como cotizante y la niña como beneficiaria, pagando \$53.000.”. En este asunto, el abuelo y la madre de la menor manifestaron no contar con recursos para poder realizar la afiliación de esta forma.

Para dar solución a la situación fáctica planteada, la Corte reiteró lo establecido en precedencia, señalando que la atención integral en salud del recién nacido por cuenta de las instituciones que hacen parte del sistema general de seguridad social en salud (EPS, ARS e IPS) no puede condicionarse al cumplimiento de los requisitos relacionados con la vinculación directa o indirecta de éste (sic) a determinado grupo familiar<sup>40</sup>. (Subrayado del texto original)<sup>41</sup>.

En la misma línea, en sentencia T-218 de 2013 se estudió el caso de una menor de edad que pese a no presentar una afectación en su salud que requiriera tratamiento médico, no se encontraba vinculada a un sistema de seguridad social en salud que le brindara la atención y prevención adecuadas para las patologías que podría llegar a sufrir. En esta oportunidad, la Corte consideró que existió:

“(…) Una evidente vulneración del derecho fundamental de los menores al más alto nivel posible de salud, por cuanto deja a la menor B.B.<sup>42</sup> en un estado de desamparo en relación con la prestación de los servicios médico – asistenciales a los que tiene derecho. Además, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que los funcionarios encargados de aplicar

<sup>38</sup> Sentencias T-972 de 2001, T-307 de 2006, T-218 de 2013, por ejemplo.

<sup>39</sup> SU-043 de 1995

<sup>40</sup> Sentencia T-2018 de 2013.

<sup>41</sup> Estas expresiones son tomadas por la sentencia T-585 de 2007 de la T-1199 de 2003, la cual, a su vez, también cita la T-953 de 2003.

<sup>42</sup> En esta oportunidad se omite el nombre de la menor de edad.

*las normas relativas a la prestación de los servicios de salud deberán siempre seguir, como principio orientador de sus decisiones, el interés prevaleciente y superior del menor<sup>43</sup>*” (El resaltado es del texto original)

En este sentido, el derecho a la salud de los niños puede verse trasgredido, sin importar que el menor no padezca de una patología o no requiera un servicio médico específico, ya que el hecho de que este no se encuentre incluido en un sistema que le permita acceder en forma oportuna a los servicios de salud frente a cualquier enfermedad que pudiera llegar a padecer, vulnera el derecho a la seguridad social, de conformidad con los estándares internacionales y los propios previstos en la Constitución<sup>44</sup>.

Así las cosas, la aplicación del principio del interés superior del menor en relación con la protección del derecho fundamental a la salud de los niños, genera una obligación para todas las personas, entidades y autoridades competentes de hacer efectivo su acceso a los servicios de salud y, en consecuencia, su incumplimiento deberá ser considerado un desconocimiento de las normas internacionales, constitucionales y legales que regulan la materia. De ahí que, por ejemplo, el acto de desafiliación de un menor de edad sin que este hubiese sido afiliado bajo alguna otra calidad al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo o subsidiado, constituye claramente una vulneración del derecho fundamental a la salud de los menores de edad<sup>45</sup>.

#### *5. Deberes de los padres respecto de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de sus hijos menores de edad*

Esta Corporación ha señalado que la Constitución “consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos”<sup>46</sup>, lo que implica el reconocimiento de la percepción dinámica y longitudinal de las diversas formas de fundar una familia. Igualmente, esta Corte, desde sus inicios,<sup>47</sup> estableció que la procreación y/o crianza de menores de edad exige responsabilidad y compromiso de sus padres, lo cual también se extiende a la sociedad en general con el fin de lograr su adecuado desarrollo, sostenimiento y educación.

En cumplimiento de esos deberes parentales debe resaltarse el relativo a la afiliación del menor al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la cual garantiza que el niño, niña o adolescente desarrolle su vida en condiciones dignas.

Ahora bien, ese deber, tratándose del régimen contributivo, no solo es consustancial a la relación natural y/o jurídica, sino que permite materializar el principio de solidaridad. En este sentido, de conformidad con el artículo 160 de la ley 100 de 1993, -que consagra los deberes de los afiliados y beneficiarios del sistema de salud-<sup>48</sup>, se tiene una estrecha relación con el citado postulado dado que su finalidad es la de equilibrar las cargas del Estado, con lo cual y, de acuerdo con lo dicho al inicio de esta providencia, se satisface el compromiso de brindar las condiciones necesarias para el

<sup>43</sup> Sentencia T-907 de 2004

<sup>44</sup> Sentencia T-1093 de 2007.

<sup>45</sup> Artículo 153, num. 3.5 de la Ley 100 de 1993. Sentencias T-606 de 2013 y T-162 de 2015, por ejemplo

<sup>46</sup> C-577 de 2011 y SU-617 de 2014.

<sup>47</sup> Sentencia T-182 de 1999

<sup>48</sup> “deben ser cumplidos en su integridad para que el derecho a la prestación de los servicios de salud pueda hacerse exigible ante las entidades encargadas de la promoción y prestación de tales servicios” // dentro de los cuales se encuentra “Afiliarse con su familia al sistema general de seguridad social en salud”

efectivo goce del derecho fundamental a la salud a partir de una distribución equitativa de cargas entre los progenitores, el Estado y las EPS.

Lo anterior significa que si bien, por una parte, es un deber de los padres de los menores de edad la vinculación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en cumplimiento de lo dispuesto en leyes ordinarias y acatando el principio de solidaridad<sup>49</sup>; por otra, las Entidades Promotoras de Salud tienen el deber -en el caso de los menores de edad-, de garantizar, con mayor celo, el acceso a los servicios de salud en cumplimiento del interés superior del niño; y, a su vez, sobre el Estado recae la obligación de adoptar medidas positivas y progresivas que aseguren el efectivo acceso de los ciudadanos a los servicios de salud.

En ese orden de ideas, pese al compromiso que recae sobre los padres que cuentan con la posibilidad de acceder al régimen contributivo, esto es, el de vincular a su núcleo familiar en este régimen, a efectos de cumplir con el propósito de la mutua colaboración orientada a contribuir con la aspiración de una cobertura universal; en caso de no efectuarse, las EPS no podrán desconocer que el derecho fundamental a la salud de los niños deberá prevalecer sobre los requerimientos administrativos dispuestos por las Entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Lo anterior significa, y vale la pena reiterarlo, que si bien a las EPS no deben trasladarse las obligaciones que recaen sobre los padres, estas, en todo caso, no pueden desconocer el interés prevalente de los niños, niñas y adolescentes al momento de solucionar las contingencias generadas por su estado de afiliación.

#### **6. Traslado y movilidad de afiliados entre regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud**

Con el fin de materializar los principios antes aludidos -accesibilidad, libre escogencia, continuidad, solidaridad, obligatoriedad y universalidad-, en la actualidad se cuenta con dos importantes instrumentos, entre otros, la movilidad entre regímenes y traslado entre EPS.

El artículo 2.1.1.3 y el capítulo VII del Decreto 780 de 2016 establecen la distinción entre movilidad<sup>50</sup> y traslado<sup>51</sup>, tratándose entonces de dos figuras diferentes que, además de cumplir con las directrices antes mencionadas, permiten el acceso a los servicios de salud.

El traslado consiste en el derecho del cual gozan los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pertenecientes tanto al régimen contributivo como al subsidiado, de modificar la entidad prestadora de servicios, a la cual están afiliados, una vez cumplan el tiempo mínimo de permanencia.

Por su parte, la movilidad permite a los usuarios del sistema continuar en la misma EPS cuando por circunstancias económicas, como la pérdida de la calidad de cotizante o la adquisición de recursos para adquirirla, es obligatorio el cambio de régimen.

En ese sentido, cuando se trata de traslado el afiliado cotizante o cabeza de familia debe cumplir con los siguientes requisitos para ejercer su derecho<sup>52</sup>:

<sup>49</sup> Como ya se dijo, con el fin de equilibrar las cargas del Estado.

<sup>50</sup> Artículo 2.1.1.3 - 9 ibídem.

<sup>51</sup> Artículo 2.1.1.3- 15 ibídem.

<sup>52</sup> Artículo 2.1.7.2 del ibídem.

- (i) Encontrarse inscrito en la misma EPS por un período mínimo de un (1) año contado a partir del momento de la inscripción.
- (ii) No encontrarse internado él o algún miembro de su núcleo familiar en una institución prestadora de servicios de salud.
- (iii) El cotizante independiente deberá encontrarse a paz y salvo con la EPS.
- (iv) Inscribir la solicitud de traslado de todos los integrantes de su núcleo familiar.

Igualmente, el Decreto 780 de 2016, en su artículo 2.1.7.3, enumera las excepciones a la condición de permanencia para que opere el traslado, a saber:

- (i) Revocatoria total o parcial de la habilitación o de la autorización de la EPS<sup>53</sup>.
- (ii) Disolución o liquidación de la EPS.
- (iii) Cuando la EPS, se retire de uno o más municipios o esta disminuya su capacidad de afiliación, previa autorización de la Superintendencia Nacional de Salud<sup>54</sup>.
- (iv) Cuando el usuario vea menoscabado su derecho a la libre escogencia de IPS o cuando se haya afiliado con la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores y esta no sea cierta, previa autorización de la Superintendencia Nacional de Salud.
- (v) Cuando se presenten casos de deficiente prestación o suspensión de servicios por parte de la EPS o de su red prestadora debidamente comprobados, previa autorización de la Superintendencia Nacional de Salud.
- (vi) Por unificación del núcleo familiar cuando los cónyuges o compañeros permanentes se encuentran afiliados en EPS diferentes; o cuando un beneficiario cambie su condición a la cónyuge o compañero permanente.
- (vii) Cuando la persona ingrese a otro núcleo familiar en calidad de beneficiario o en calidad de afiliado adicional.
- (viii) Cuando el afiliado y su núcleo familiar cambien de lugar de residencia y la EPS donde se encuentre el afiliado no tenga cobertura geográfica.
- (ix) Cuando el afiliado al terminar su vínculo laboral o contractual del trabajador dependiente o independiente, agotados el periodo de protección, si los hubiere, no reúne las condiciones para seguir como cotizante, afiliado adicional o como beneficiario, y no registra la novedad de movilidad.
- (x) Cuando no se registra novedad de movilidad de los beneficiarios que pierden las condiciones para seguir inscritos en la misma EPS como cotizante independiente, dependiente o afiliado adicional.
- (xi) Cuando la afiliación ha sido transitoria por parte de la UGPP de conformidad con las disposiciones del título 1 parte 12 del libro 2 del Decreto 1068 de 2015.
- (xii) Cuando la inscripción del trabajador ha sido efectuada por su empleador o la del pensionado ha sido realizada por la entidad según disposiciones normativas.
- (xiii) Cuando el afiliado ha sido inscrito de manera oficiosa por la entidad territorial en el régimen subsidiado.

<sup>53</sup> Según el párrafo 1 del citado artículo, esta excepción opera solo para los municipios donde se haya aplicado la medida de revocatoria parcial o el retiro.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

## V. DEL CASO CONCRETO

La señora LUZ DARY PINEDA AGUIRRE, solicitó la protección de los derechos fundamentales de los menores GUILLERMO Y FELIPE BURITICA OSPINA, con el fin de que se le ordene a las accionadas, gestionar por una parte su desvinculación a la EPS CRUZ BLANCA, y por otra la activación al Sistema de Seguridad Social en Salud en ASMET SALUD EPSS.

De las pruebas obrantes en el expediente se puede establecer:

- Que los menores GUILLERMO Y FELIPE están afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud como beneficiarios de su madre LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA a través de la EPS CRUZ BLANCA en Bogotá.
- Que en la actualidad los menores GUILLERMO Y FELIPE BURITICA OSPINA se encuentran en custodia de su abuela LUZ DARY PINEDA AGUIRRE, la cual los ingresó al programa del SISBEN.
- Que por lo anterior y ya que los menores residen actualmente en el municipio de Santa Rosa y la EPS CRUZ BLANCA no tiene cobertura en esta municipalidad, la señora LUZ DARY PIENDA AGUIRRE ha hecho los trámites ante las EPS CRUZ BLANCA para la desafiliación de los menores a esa EPS y que los mismos se puedan vincular a la EPS ASMET SALUD régimen subsidiado.
- Que según lo manifestado por la accionante en su declaración, las respuestas de la EPS han sido negativas, en el caso de la EPS CRUZ BLANCA se le ha dado respuesta por medio de escrito, en el que le manifiestan que la potestad para el retiro de los menores bajo su custodia estaría en la señora LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA como madre y ya que la misma los tiene vinculados en calidad de beneficiarios. Además argumentó que la EPS ASMET SALUD le rechazó la solicitud, argumentando que los menores GUILLERMO Y FELIPE BURITICA OSPINA se encontraban activados en la EPS CRUZ BLANCA y que debía gestionar por otro lado.

Pues bien, en el caso sub examine, se encuentre probado, de conformidad con los resultados de la consulta de estado de afiliación de ADRES, y se pudo establecer que los menores de edad GUILLERMO Y FELIPE BURITICA OSPINA, pese a que se ha comprobado que actualmente la custodia y la responsabilidad de afiliación al Sistema de salud se encuentra en cabeza de su abuela LUZ DARY PINEDA AGUIRRE, los menores se hallan desprovistos de la protección en salud y en seguridad social, ya que como manifestó la señora LUZ DARY, solo atienden a los mismos en casos de urgencia médica.

Según la pretensión principal de la representante de los accionantes GUILLERMO Y FELIPE BURITICA OSPINA, va dirigida a que la EPS ASMET SALUD gestione el ingreso de los menores al sistema de salud en el régimen subsidiado, y que la EPS CRUZ BLANCA surta los trámites correspondientes a la desafiliación de los mismos, ya que según lo expuesto, la persona que los tiene vinculados en calidad de

beneficiaria no ostenta actualmente la calidad de representante legal de los menores, aunado a que hace más de 2 años no se cuenta con ningún dato de ella, además que la EPS no cuenta con cobertura donde actualmente residen los menores.

De otro lado, una EPS solo puede realizar la desafiliación de un usuario de acuerdo con las causales de los artículos 2.1.3.1 parágrafo 2 y 2.1.3.17 del mismo decreto, a saber:

*“Artículo 2.1.3.1 Parágrafo 2o. La desafiliación al Sistema solo se producirá por el fallecimiento del afiliado.*

*Artículo 2.1.3.17. Terminación de la inscripción en una EPS. La inscripción en la EPS en la cual se encuentra inscrito el afiliado cotizante y su núcleo familiar, se terminará en los siguientes casos:*

- 1. Cuando el afiliado se traslada a otra EPS.*
- 2. Cuando el empleador reporta la novedad de retiro laboral del trabajador dependiente y el afiliado no reporta la novedad de cotizante como independiente, como afiliado adicional o como beneficiario dentro de la misma EPS y no opere o se hubiere agotado el período de protección laboral o el mecanismo de protección al cesante, ni la movilidad entre regímenes conforme a las normas previstas en la presente Parte.*
- 3. Cuando el trabajador independiente no reúne las condiciones para ser cotizante, no reporte la novedad como afiliado adicional o como beneficiario dentro de la misma EPS y no opere o se hubiere agotado el período de protección laboral o el mecanismo de protección al cesante, ni la movilidad entre regímenes conforme a las normas previstas en la presente Parte.*
- 4. Cuando, en el caso de los beneficiarios, desaparezcan las condiciones establecidas en la presente Parte para ostentar dicha condición y no reporten la novedad de cotizante dependiente, cotizante independiente, afiliado adicional o de movilidad entre regímenes conforme a las normas previstas en la presente Parte.*
- 5. Cuando el afiliado cotizante y su núcleo familiar fijen su residencia fuera del país y reporte la novedad correspondiente a la EPS o a través del Sistema de Afiliación Transaccional.*
- 6. Cuando el afiliado cumpla con las condiciones para pertenecer a un régimen exceptuado o especial legalmente establecido.*
- 7. Cuando por disposición de las autoridades competentes se determine que personas inscritas en una EPS del régimen subsidiado reúnen las condiciones para tener la calidad de cotizantes o para pertenecer al régimen contributivo.*
- 8. Cuando la prestación de los servicios de salud de las personas privadas de la libertad y los menores de tres (3) años, que convivan con sus madres en los establecimientos de reclusión, esté a cargo del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad. En el caso de las personas privadas de la libertad que se encuentren obligadas*

*a cotizar, la terminación de la inscripción sólo aplicará para el cotizante y el menor de tres (3) años que conviva con la madre cotizante.*

*PARÁGRAFO 1o. Cuando el afiliado cotizante y su núcleo familiar fijen su residencia fuera del país deberán reportar esta novedad a más tardar el último día del mes en que ésta se produzca y no habrá lugar al pago de las cotizaciones durante los periodos por los que se termina la inscripción.*

*Cuando el afiliado cotizante que fije su residencia fuera del país no reporte la novedad se mantendrá la inscripción en la EPS y se causará deuda e intereses moratorios por el no pago de las cotizaciones, en los términos previstos en el artículo 2.1.9.3 del presente decreto, según el caso.*

*Cuando el afiliado regrese al país deberá reportar la novedad al Sistema de Afiliación Transaccional mediante la inscripción en la misma EPS en la que se encontraba inscrito y reanudar el pago de sus aportes.*

*PARÁGRAFO 2o. Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, las novedades previstas en la presente Parte deberán reportarse directamente a la EPS”.*

Por fuera de las referidas causales la EPS no tiene la posibilidad de desvincular a un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de ahí que cualquier modificación que se pretenda o quiera realizar sobre las personas que componen el núcleo familiar, como ya se dijo, depende exclusivamente del afiliado.

En razón de ello, la desafiliación de los menores GUILLERMO y FELIPE BURITICA OSPINA solo procede cuando la madre proceda a realizar tal solicitud ante la EPS.

Ahora bien, ante el presunto abandono por parte de la señora LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA de sus hijos menores, por lo cual la señora LUZ DARY PINEDA AGUIRRE según Resolución N° 074 emitida por la Comisaria de Familia de Herveo le asignaron la custodia de GUILLERMO y FELIPE, deben tenerse presentes las consideraciones expuestas en el presente caso, para que la EPS CRUZ BLANCA, hiciera un estudio de las particularidades que atañen la vinculación en salud de los menores GUILLERMO y FELIPE, para en casos donde la custodia y cuidado personal esté en cabeza de una persona diferente al de la madre, entren a resolver la viabilidad de la petición, y más aún que los menores se encuentran residiendo en un lugar donde la EPS en mención no tiene ninguna cobertura.

Bajo esta lógica, le corresponde a las EPS, realizar la desafiliación de los menores GUILLERMO y FELIPE BUTICA OSPINA cuyas circunstancias en razón de su domicilio cambiaron, aunado a que como se dejó demostrado en el transcurrir de esta acción de tutela, fueron infructuosas los intentos por vincular o ubicar a la madre de los menores al proceso; y más que la custodia y cuidado personal actualmente radica en la señora LUZ DARY PIENDA AGUIRRE y la misma inscribió a los menores en el programa subsidiado del SISBEN en el lugar donde reside con ellos.

A través de la declaración de la señora LUZ DARY PINEDA AGUIRRE<sup>55</sup>, se pudo constatar que si bien aquellos menores no presentan afecciones en su salud que

<sup>55</sup> Folios 22

requieran tratamiento médico en la actualidad, no se encuentran vinculados al a una EPS que le proporcione la atención y prevención adecuada a las patologías que podría llegar a presentar. En razón de ello, es evidente la transgresión al derecho de la salud de los menores en su dimensión de accesibilidad y el desconocimiento del interés prevalente de los menores.

En suma, en virtud del principio del interés superior de los menores, la Jurisprudencia ha establecido que al tratarse de un niño, niña o adolescente, la hipótesis de vulneración se amplía; de este modo, que GUILLERMO y FELIPE BUTICA OSPINA no se encuentre incluidos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de una EPS que tenga cobertura en su lugar de domicilio y, por ende, no tenga asegurada la prestación oportuna de los servicios correspondientes, se considera una vulneración del derecho a la salud.

En el caso particular, la atención de los menores debe proporcionarse con cargo al presupuesto del Estado, ya que se encuentran debidamente inscritos en el programa del SISBEN, que denotaría la falta de recursos para proveerse una vinculación a una EPS contributiva por parte de su representante legal actual, y los mismos deben recibir la protección de salud en el régimen subsidiado a través de la EPS que brinde el servicio de salud en ese régimen en el territorio en que se encuentren domiciliados, para que pueda llevarse los diferentes tratamientos o controles médicos.

De otro lado, también debe concluirse que las actuaciones de las EPS ASMET SALUD Y CRUZ BLANCA, de conformidad con la Constitución, la normativa y la jurisprudencia reseñada, obstruyen el acceso a los servicios de salud de los menores, en claro irrespeto de las pautas que deben observarse cuando se trata de satisfacer los derechos de un grupo vulnerable, los cuales además tienen un carácter prevalente.

Debe entonces garantizársele a los menores GUILLERMO BURITICA OSPINA y FELIPE BURITICA OSPINA, el derecho que tiene a pertenecer al Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuanto ello conlleva a que puedan recibir una atención adecuada que contribuya al desarrollo en los diferentes aspectos médicos y que le garantice tener unas condiciones de salud óptimas. Y es que en manera alguna puede dejarse a la indefinición la situación planteada por los tutelantes, pues por lo demostrado en el trámite constitucional, tiene responsabilidad directa la EPS CRUZ BLANCA en analizar las circunstancias particulares de los menores y desvincularlos de la misma.

Por su parte ASMET SALUD, deberá en aras de garantizar a los menores GUILLERMO y FELIPE BURITICA OSPINA la continuidad del servicio en salud, proceder inmediatamente a afiliarlos y prestarles los servicios en salud que demanden, en especial atendiendo a su calidad de sujetos de especial protección.

Por lo anterior, deberán las accionadas en orden a garantizar los derechos a la seguridad social en salud de los accionantes, adelantar los trámites pertinentes al restablecimiento de los derechos de los menores GUILLERMO BURITICA OSPINA y FELIPE BURITICA OSPINA, para que de esta forma pueda continuar recibiendo la atención médica y de promoción, en su calidad de afiliados al Sistema General de

Seguridad Social en Salud a través del régimen subsidiado que eligieron por su ubicación geográfica, esto es la EPS-S ASMET SALUD.

Finalmente, se ordenará desvincular de la presente acción a la COMISARIA DE FAMILIA de esta municipalidad y a la señora LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA, ya que la obligación en este caso está en cabeza de las EPS.

## VI. DECISIÓN

Por lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato constitucional,

### FALLA

**PRIMERO:** Tutelar en favor de los menores los menores GUILLERMO BURITICA OSPINA y FELIPE BURITICA OSPINA, como sujetos de especial protección, el derecho a la SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** En consecuencia se ordena a la EPS CRUZ BLANCA y ASMET SALUD EPSS, en cabeza de sus representantes legales, INICIEN Y COORDINEN dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, los trámites pertinentes al restablecimiento de los derechos vulnerados de los menores GUILLERMO BURITICA OSPINA y FELIPE BURITICA OSPINA, para que de esta forma puedan recibir la atención médica y de promoción, en su calidad de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen subsidiado que eligieron por su ubicación geográfica, esto es la EPS-S ASMET SALUD. Así entonces deberá:

-CRUZ BLANCA EPS, proceder a desvincular de su red prestadora en calidad de beneficiarios de la señora LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA en el régimen contributivo, a los menores GUILLERMO BURITICA OSPINA y FELIPE BURITICA OSPINA.

-ASMET SALUD EPSS, proceder INMEDIÁTAMENTE a afiliarse y prestar los servicios en salud y de promoción a los menores GUILLERMO BURITICA OSPINA y FELIPE BURITICA OSPINA.

**TERCERO:** DESVINCULAR a la COMISARIA DE FAMILIA de esta municipalidad y a la señora LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO:** De conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 5º del Decreto 306 de 1992, notifíquese el contenido de este fallo por el medio más eficaz a las partes.

QUINTO.-En contra de esta sentencia procede la impugnación ante los Jueces del Circuito de Santa Rosa de Cabal. Para tal fin, las partes disponen del término de tres (3) días hábiles siguientes a su notificación. De no ser impugnada la providencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 ibídem, será enviado el expediente al día siguiente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEXTO: Copia de la presente sentencia queda a disposición de las partes en la secretaría del juzgado, con el fin de que puedan obtener reproducción mecánica de la misma.

SEPTIMO: Archívese la presente acción de tutela, una vez sea devuelto el expediente por la Honorable Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE

ANDREA JOHANNA OSORIO MONTOYA  
JUEZA



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia